SERIE CUADERNOS DE DIVULGACIÓN

ISSN 2301-1955

CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

CUADERNO DE DIVULGACIÓN n.° 3



JUNTA DE TRANSPARENCIA Y ÉTICA PÚBLICA

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

2014

Junta de Transparencia y Ética Pública
Cuaderno de divulgación n.° 3
«Conflicto de intereses entre lo público y lo privado».
Montevideo: Junta de Transparencia y Ética Pública, 2014.
16 pp; 16 x 20 cm.
ISSN: 2301-1955

Autor: Dr. Jorge Rodríguez Pereira.
Editora: Carla Chiappara.
1.ª. Edición: noviembre 2014.
Impreso en MASTERGRAF SRL, Montevideo, Uruguay.
Depósito Legal n.º 366.173

ÍNDICE

CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

Dr. Jorge Rodríguez Pereira
Subdirector del Departamento Jurídico del Tribunal Cuentas.

0. Introducción

Los instrumentos jurídicos internacionales ratificados por la República Oriental del Uruguay y que hoy integran el ordenamiento jurídico interno del país, vinculados al combate del fraude y la corrupción administrativa, hacen caudal invariablemente, a la prevención de los conflictos de interés.

Efectivamente, se intenta legislar con una intención precisa: evitar que los intereses privados atenten contra los intereses colectivos y que determinados principios básicos del actuar público —lealtad, imparcialidad, probidad, entre otros— se vean afectados por la actuación deshonesta de los servidores del Estado.

Conocer cuándo estamos ante un conflicto de intereses, cómo resolverlo, cuáles son los mecanismos que el derecho positivo vigente prevé para enfrentar el problema, sus consecuencias y, sobre todo, los procedimientos preventivos para evitar su producción, resulta materia de imprescindible conocimiento para los funcionarios públicos y, paralelamente, para el ciudadano común, quien a través de adecuados mecanismos de participación social, debe estar en condiciones de exigir al servidor la adecuación de su desempeño funcional a derecho.

1. ¿Qué es un conflicto de intereses desde la óptica del Derecho Público?

En términos generales, el conflicto de intereses puede definirse como una situación en la que el funcionario público tiene suficiente interés personal o privado tal que, en base a ello, el ejercicio de sus funciones se vea influenciado. El interés público, protegido por el Estado, se vincula con las necesidades colectivas de los integrantes de una sociedad, mientras que los intereses privados se relacionan con las utilidades particulares del funcionario.

2. ¿Cuál es la calidad imprescindible para encontrarse en una situación de conflicto de intereses?

El sujeto activo o agente de la conducta debe, en todos los casos, ser un funcionario público, entendiendo por tal —definición amplia— todo aquel que desempeña un cargo o ejerce una función, en cualquier entidad regida por el Derecho Público e incluso en las personas públicas no estatales, a cualquier título (oneroso o gratuito), sin que sea relevante a la cuestión considerar la naturaleza jurídica del vínculo que lo une con el Estado (permanente o eventual).

3. ¿Cuál es el bien jurídico agredido en una hipótesis de conflicto?

Existe consenso en considerar que, desde un enfoque general, el bien protegido es la buena marcha de la Administración Pública (sentido amplio) y, en particular, la probidad en el desempeño de sus cargos de los funcionarios que la inte-

gran, principio que resulta dañado ante aquellas conductas funcionales que priorizan el interés privado sobre los intereses colectivos.

4. ¿Qué principios básicos se lesionan en estos casos?

El primer principio que se viola cuando se da cabida a intereses particulares en el desempeño de la función pública, es el de buena fe y lealtad hacia el organismo al que pertenece el funcionario deshonesto. Principios de arraigo constitucional, legal y reglamentario (igualdad, integridad, imparcialidad, probidad, entre otros), se ven asimismo vulnerados en las hipótesis de conflicto.

5. ¿Cabe la distinción entre conflicto de interés, incompatibilidad y prohibición?

Sí, la distinción cabe dado que no toda incompatibilidad ni toda prohibición conllevan necesariamente a un conflicto de interés, aunque éstos se incluyan dentro de aquellas (artículos 25, 27 y 28 del Decreto N.° 30/03). La incompatibilidad tiende a evitar, por ejemplo, el desempeño funcional simultáneo en más de un cargo público o el ejercicio concomitante de alguna actividad cuya índole no condiga con la función pública. La prohibición en cambio refiere a situaciones de hecho que tienden a impedir el relacionamiento, en las mismas oficinas públicas, de personas vinculadas por lazos de consanguinidad, afinidad o jerarquía.

6. ¿Posee nuestro país normativa vigente que permita prevenir o resolver los conflictos de interés?

Además de las normas ya citadas contenidas en el Decreto N.° 30/03, nuestro país tiene una vasta legislación que intenta o bien impedir la generación de conflictos de interés o, una vez constatados, la previsión de mecanismos adecuados tendientes a erradicar el fenómeno. Estas normas tienen rango diverso: aquellas que provienen de tratados internacionales ratificados por la República, las dictadas por el legislador patrio como consecuencia de los compromisos asumidos como Estado Parte en aquellas Convenciones, más las preexistentes en el ordenamiento jurídico vigente, contenidas en la Constitución de la República, Códigos, leyes especiales, decretos y reglamentos.

7. ¿Qué importancia le otorgan las Convenciones Internacionales al tema?

Tanto la Convención Interamericana de lucha Contra la Corrupción (CICC) en su artículo III, como la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) en su artículo VII, le brindan al conflicto de interés una importancia relevante y prescriben que los Estados Parte deberán legislar en materia de normas de conducta para el fiel cumplimiento de las funciones públicas, las que estarán orientadas a prevenir los conflictos de interés.

8. ¿Cuáles son los principales cuerpos de normas existentes en nuestro derecho positivo vigente en materia de conflicto de interés?

Al asumir los compromisos como Estado Parte de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (ratificada por Ley N.° 17008 de 25 de setiembre de 1998), Uruguay dictó las siguientes leyes y decretos:

- Ley N.° 17060 de 23 de diciembre de 1998;
- Decreto Reglamentario N.° 354/99 de 12 de noviembre de 1999;
- Decreto N.° 30/03 de 23 de enero de 2003, en el que se sistematizaron todos los deberes, prohibiciones e incompatibilidades que alcanzan a los funcionarios públicos.
- Estos cuerpos de normas, fundamentalmente de carácter preventivo, se sumaron a las disposiciones ya existentes en el ordenamiento interno:
- artículo 59 de la Constitución de la República;
- Título IV del Código Penal;
- Normas especiales dirigidas a determinados funcionarios y actividades (artículos 24.º de la Ley N.° 17050 y 4.º del Decreto N.° 30/03).

9. ¿Cuáles son las expresiones más comunes de respeto al interés público que debe observar el funcionario?

Sin que ello signifique una enunciación taxativa, y al seguir la previsión de los artículos 20 y 21 de la Ley N.° 17060 y de los artículos 9 y 16 del Decreto N.° 30/03, podemos destacar

las siguientes expresiones: a)priorizar y satisfacer regularmente las necesidades colectivas; b)evitar los tratamientos preferenciales y la discriminación; c) cumplir con las obligaciones funcionales y prestar colaboración; d) bregar por el trato igualitario e imparcial en el manejo de los temas públicos; e) ejercer de buena fe y con lealtad el poder que deriva de su cargo; f) administrar correctamente los fondos estatales y, fundamentalmente, g) evitar toda ocasión propicia que pueda significar un abuso, exceso o desviación de poder.

10. ¿Cómo debe proceder un funcionario público ante dudas sobre su implicancia en determinado asunto?

Sin perjuicio de que todo funcionario debe prevenir y evitar como regla general la colisión de intereses públicos y privados, conforme se desprende de los artículos 22 inciso 4.° de la Ley N.° 17060 y del 17 del Decreto N.° 30/03, cuando su actuación ofrezca razonables dudas en cuanto a poder separar claramente los intereses colectivos —que en su calidad de tal debe priorizar— de los privados, deberá informar de ello a su superior, a fin de que éste adopte la decisión que corresponda, pudiendo solicitar que se lo excuse de entender en dicho asunto (literal D del artículo 12 del Decreto N.° 30/03).

El funcionario debe informar la situación de inmediato, por escrito y pormenorizadamente, para que su superior resuelva fundadamente sobre la duda y sobre la permanencia del funcionario en la oficina (artículo 30 del Decreto N.° 30/03).

11. ¿Qué consecuencia tiene sobre la responsabilidad del funcionario la respuesta que a su planteo ofrezca el jerarca?

Formulada la duda sobre la colisión de intereses por el funcionario (extremo que operará por escrito, detallándose en forma pormenorizada el eventual conflicto), el jerarca debe resolver conforme el artículo 30 del Decreto citado en el punto anterior. Si el funcionario adecua su conducta a las instrucciones recibidas por el jerarca, al evacuar la consulta, quedará exento de responsabilidad administrativa, la que no será extensiva a aquellas conductas que signifiquen un ilícito penal (artículo 6.° del Decreto N.° 30/03).

Asimismo, de producirse un daño material al erario público, el funcionario podrá ser responsabilizado civilmente (artículos 24 y 25 de la Constitución de la República).

12. Además de la responsabilidad administrativa y eventualmente civil, ¿compromete el funcionario otro tipo de responsabilidad al incurrir en un conflicto de interés?

La violación de los preceptos contenidos en el Decreto N.° 30/03, constituyen faltas disciplinarias, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales (cf. artículo 38).

El artículo 161 del Código Penal uruguayo, bajo el *nomen iuris* «Conjunción del interés personal y del público», prevé como delito la conducta del funcionario que, aprovechándose de su condición de tal, se interesa con fines privados en una operación (acto o contrato) en la que deba intervenir en razón de su cargo. El elemento estructural de esta figura delictiva está dado por el hecho de interesarse, esto es to-

mar cualquier injerencia en la situación de que se trate en forma directa o por interpuesta persona, con el fin de lograr un provecho indebido para sí o para un tercero.

13. ¿Qué otros mecanismos están previstos para evitar situaciones de conflicto?

De la interpretación armónica del los artículos 29 y 30 del Decreto N.° 30/03, se desprende que toda persona que ingresa a la función pública —en caso de que se encuentre en alguna hipótesis de conflicto de intereses— debe formular una declaración jurada de implicancias ante el jerarca del servicio, en la que deberá expresar las clases de vinculación o actividades que mantiene con personas o empresas privadas y cuyas hipótesis se encuentren previstas en las normas de conducta que dicta el Decreto, estando a lo que se disponga.

Durante su desempeño funcional, deberá informar los cambios que en dichas situaciones se vayan produciendo, deberá mantener actualizada dicha información.

14. La Junta de Transparencia y Ética Pública ¿qué papel puede desempeñar frente a la existencia de un conflicto de interés?

Merecen destacarse dos aspectos que competen a cometidos expresos de la JUTEP y que juegan un rol preponderante en la prevención de conflictos de interés:

a. como depositaria de las declaraciones juradas de bienes e ingresos que están obligados a realizar de-

terminados funcionarios (artículo 10 de la Ley N.° 17060), la Junta posee una importante herramienta de constatación: a través del análisis y seguimiento de las declaraciones juradas, se podrá identificar eventuales conflictos de interés entre las competencias públicas del funcionario y su actividad privada;

b. como órgano consultor (artículos 4.° de la Ley N.° 17060 y 44.° del Decreto N.° 30/03), cuando le es requerida —por un organismo o jerarca— su opinión sobre las normas de conducta. Los organismos solo podrán apartarse de ese dictamen por resolución fundada y los jerarcas deberán acompañar a la consulta un dictamen de su asesoría jurídica.

15. ¿Puede el funcionario público imputado de una situación de conflicto alegar desconocimiento de las normas que regulan la materia?

No, el desconocimiento de la legislación vigente que dispone la prevención de los conflictos de interés (cómo proceder frente a situaciones que los supongan y cuáles son las consecuencias de incurrir en conductas que priorice los intereses privados sobre los generales) no puede ser alegada como eximente de responsabilidad por el funcionario involucrado, de conformidad al principio básico enunciado en el art. 7 del Decreto N.° 30/03 (“[...] su ignorancia no sirve de excusa”).

16. Normas de referencia

Art. III (Medidas preventivas) de la CICC

[...] los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses [...]

Art. 59 Constitución de la República

La ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario [...]

Art. 20 Ley N.° 17060

Los funcionarios públicos deberán observar estrictamente el principio de probidad, que implica una conducta funcional honesta en el desempeño de su cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro [...]

Art. 22 Ley N.° 17060

Son conductas contrarias a la probidad en la función pública: 4) Intervenir en las decisiones que recaigan en asuntos en que haya participado como técnico. Los funcionarios deberán poner en conocimiento de su superior jerárquico su implicancia en di-

chos asuntos, para que éste adopte la resolución que corresponda [...]

Art. 17 Decreto N.° 30/03

(Implicancias). El funcionario público debe distinguir y separar radicalmente los intereses personales del interés público (arts. 21 y 22 numeral 4 de la Ley N.° 17060). En tal virtud debe adoptar todas las medidas a su alcance para prevenir o evitar todo conflicto o conjunción de esos intereses en el desempeño de sus funciones [...]

Art. 161 del Código Penal

(Conjunción del interés personal y del público). El funcionario público que, con o sin engaño, directamente o por interpuesta persona, se interesare con el fin de obtener un provecho indebido para sí o para un tercero en cualquier acto o contrato en que debe intervenir por razón de su cargo, u omitiere denunciar o informar alguna circunstancia que lo vincule personalmente con el particular interesado en dicho acto o contrato, será castigado con pena de seis meses de prisión a tres años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 10.000 UR (diez mil unidades reajustables).

La Junta de Transparencia y Ética Pública, creada por el art. 4.° de la Ley N.°17060, tiene la misión de promover la transparencia de la gestión pública e implementar medidas preventivas en la lucha contra la corrupción. Para ello, debe propiciar políticas públicas, normativas y acciones que fortalezcan la transparencia del funcionamiento del Estado, asesorar al Poder Judicial y a la Administración en la lucha contra la corrupción y recibir y custodiar las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios públicos obligados legalmente a su presentación.